

SOBRE EL ESTATUTO DE LOS DERECHOS SOCIALES: UNA RELECTURA EN CLAVE NORMATIVA*

*ON THE STATUS OF SOCIAL RIGHTS:
A REREADING THROUGH A NORMATIVE LENS*

SILVIA ZULLO
Università di Bologna

Fecha de recepción: 5-1-16

Fecha de aceptación: 15-3-16

Resumen: *En los últimos años los derechos sociales han vuelto al centro del debate filosófico-jurídico y político como ámbito “privilegiado” de investigación en relación con su efectividad y sostenibilidad, en particular frente a la expansión de la crisis económica y financiera iniciada en el año 2008. Se ha vuelto, así, a discutir sobre la categoría de los derechos sociales como derechos “especiales” que tendrían una constante relación conflictiva con los otros derechos fundamentales, por ejemplo con los derechos de libertad, desde el momento en que los derechos sociales siempre estarían caracterizados por una dimensión prestacional a cargo de los poderes públicos. El objetivo de este trabajo consiste, por el contrario, en reafirmar la fuerza normativa de los derechos sociales, en cuanto que derechos morales “irreductibles” en su estructura y función, dotados de un fundamento común al de los derechos subjetivos que incluye la síntesis de los valores de libertad, igualdad y dignidad. En este sentido no sólo la distinción entre derechos “de libertad” incondicionados y “derechos sociales” condicionados se debe superar, sino que los derechos sociales resurgen hoy con fuerza como instrumento “privilegiado” para hacer frente al drástico aumento de las desigualdades económico-sociales y de la tasa de pobreza.*

Abstract: *In recent years, in the context of the economic and financial crisis initiated in 2008, social rights have once more gained centre stage in legal philosophical and political debates as a ‘privileged’ area of investigation in relation to their effectiveness and sustainability. The discussion has thus turned to the notion*

* Traducción del italiano de Mónica Granell.

of social rights as “special” rights, revealing themselves as standing in conflict with other fundamental rights, such as the basic freedoms. In this view, social rights are understood as moral rights entailing a duty of public bodies to deliver a corresponding service. In this article I argue, by contrast, that social rights are endowed with a normative force, in that in their function and structure they share with the other set of rights a foundation consisting in merging the principles of freedom, equality, and dignity. In this sense, we not only have to move beyond the distinction between unconditional rights to freedom and conditional social rights, but we ought to also recognize that the latter are now powerfully emerging as an essential tool with which to tackle the alarming scenario of growing economic social inequalities and the increasing rate of poverty.

Palabras clave: derechos morales, derechos sociales, enfoque de las capacidades, agencia humana, desigualdad

Keywords: moral rights, social rights, capabilities approach, human agency, inequality

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, los derechos sociales han vuelto a ser tan “invocados” como “procesados” en el contexto de la actual crisis económica y de los “esfuerzos” de las democracias por identificarse con valores como la igualdad (sustancial) y la solidaridad social.

En este texto se pretende dirigir la mirada hacia el terreno normativo y hacia las modalidades que hacen valer, y sobre todo confirman, la fuerza normativa de los derechos sociales, en cuya base existen *buenas razones* que justifican, antes que cualquier otra conceptualización, el estatuto moral de los derechos “de amplia perspectiva”, es decir, *derechos morales* merecedores de tutela jurídica. Es algo universalmente reconocido que los derechos sociales tienen como objeto la tutela de la libertad, intereses, bienes y necesidades fundamentales, pero resulta bastante problemático comprender la idea de indivisibilidad con los otros derechos, en concreto con los civiles y políticos, la efectividad, el funcionamiento y la peculiaridad de la configuración jurídica, incluyendo el carácter prestacional de estos derechos dentro del Estado social y constitucional¹. En este análisis no se quiere examinar con detalle

¹ Cfr. H. SHUE, *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1996; T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, Londres, 1992, trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2002; A. PINTORE,

cada uno de estos aspectos, dada la complejidad y la amplitud que requeriría cada tema. Por lo tanto, dejando a un lado los aspectos más técnicos vinculados a la *juridificación* de estos derechos, nos limitaremos a subrayar el planteamiento central de algunas cuestiones teóricas inherentes al fundamento de los derechos sociales como derechos morales, y examinaremos algunas declinaciones normativas necesarias para respaldar una teoría de los derechos sociales como expresión de las instancias de justicia social. Sobre este último punto, será necesario mostrar las razones que se alegan para dar consistencia a la formulación de una teoría de los derechos sociales no sólo como derechos morales merecedores de tutela y protección jurídica, sino también desde la óptica de una reducción de las desigualdades o, mejor dicho, desde la perspectiva de oposición a las desigualdades “inaceptables” que pueden llegar a socavar la integridad de nuestro compromiso democrático y que requieren la puesta en marcha de instrumentos normativos, legislativos, judiciales y administrativos apropiados.

Entre los perfiles vinculados a la tematización de los derechos sociales, como ya se ha dicho, se analizará predominantemente el normativo, que versa sobre el discurso de los derechos morales comúnmente calificados como exigencias reclamadas ante el ordenamiento jurídico positivo, el Estado y las instituciones, y que, como tales, no representan el producto de una legislación, sino que persisten incluso más allá de lo fijado por la ley, definiendo los límites de lo que es moralmente admisible para la actuación humana.

Los derechos sociales, en este texto, se determinan dentro de la categoría de los derechos morales, es decir, a un nivel que precede su conversión en derechos fundamentales en el plano positivo, y forman parte de un debate filosófico que se desarrolla en un plano pre-jurídico necesario para comprender el carácter no condicionado de estos derechos (*unconditional social rights*). A este nivel, la conocida definición de estos derechos como “derechos condicionados” (*conditional rights*) se contrapone a que sean derechos morales en cuanto *pretensiones morales* merecedoras de reconocimiento en el plano jurídico (piénsese en el derecho a la salud o en el derecho a la educación). Aquí, el nivel de análisis tiene que ver con el estatuto de los derechos “mora-

“Diritti insaziabili” en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cargo de E. VITALE, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 179-200.

Puntualizamos que la primera parte de este trabajo se inspira en los análisis contenidos en el primer capítulo del volumen de S. ZULLO, *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Giappichelli, Turín, 2013.

les" sociales, muy a menudo entendidos sólo como objetivos que se desean conseguir (*statements of desirable goals*), respecto a los que el Estado social de derecho tiene la obligación de decidir si, y en qué medida, garantiza su aplicación². Desde este punto de vista, los derechos morales podrían ser atribuibles a posiciones de tipo iusnaturalista y neoconstitucionalista, en cuanto derechos que preceden al derecho positivo y desde el momento en que no deben su existencia al hecho de ser reconocidos por el ordenamiento³, como ocurre con los derechos jurídicos. A este respecto, Joel Feinberg, referencia "clásica" en el estudio de los derechos morales, pone el acento en la no juridicidad de los derechos morales⁴, clasificándolos como pretensiones morales válidas (*morally valid claims*) atribuibles a cuatro significados principales: un derecho moral puede ser un derecho convencional, derivado de usos y expectativas establecidos, que sean más o menos reconocidos por la ley (por ejemplo, el derecho de una mujer mayor al asiento ocupado por un joven en el autobús); un derecho ideal, que no es necesariamente un derecho real, sino más bien lo que debería ser un derecho positivo institucional o convencional; un derecho de conciencia cuya validez es demandada no (necesariamente) por reglas o convenciones reales o ideales, sino por los principios de una conciencia individual ilustrada; un derecho de ejercicio no es en absoluto un derecho en sentido estricto, aunque se le denomine así en el uso corriente, es simplemente la justificación moral del ejercicio de un derecho de cualquier otro tipo, que sigue estando en posesión de una persona independien-

² Sobre la distinción entre derechos de libertad y derechos sociales, se remite a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, p. 13. Para una breve historia de los derechos sociales, cfr. A. BALDASSARRE, "Diritti sociali", *Enciclopedia giuridica*, vol. 11, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, pp. 1-3.

³ Cfr. C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, 1994, trad. it. *Diritto, morale e politica*, Giuffrè, Milán, 1999; S. POZZOLO, "Note su Derecho, moral y política di Carlos S. Nino" en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (coords.), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1998, pp. 119-144; J. WALDRON, "A Right to do Wrong", *Ethics*, núm. 92, 1981, pp. 21-39, reimpreso en J. WALDRON, *Liberal Rights: Collected Papers (1981-1991)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993; J. RAZ, "Legal Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 4, 1984, pp. 1-21, reimpreso en *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 238; B. CELANO, "Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 1, 2005, p. 162.

⁴ J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1973, trad. it. *Filosofia sociale*, il Saggiatore, Milán, 1996, pp. 149-50. Feinberg afirma que cuando se discute sobre los derechos morales se refiere a un derecho genéricamente moral, sin más especificaciones, o a un derecho con uno de estos cuatro significados específicos.

temente de consideraciones sobre la corrección moral⁵. Feinberg afirma que un derecho moral existe antes o independientemente de las normas jurídicas o institucionales, y el uso característico de los derechos se resuelve al ser pretendidos (*claimed*), demandados, afirmados y reivindicados: tener derechos significa formular una pretensión, pero es el acto de reivindicar lo que confiere a los derechos su significado moral específico⁶.

En línea con el pensamiento de Feinberg se asumirá, en este texto, que los derechos morales y las normas jurídicas corresponden a dos ámbitos diferentes de la normatividad y que, por tanto, no están en condiciones de encontrarse en un plano lógico, ni de negarse recíprocamente⁷.

La distinción anglosajona entre derechos morales y derechos jurídicos, como escribe Francesco Viola,

non deve essere intesa puramente e semplicemente come una distinzione tra due tipi diversi di diritti [...] In realtà, si tratta di due modi di considerare i diritti: o dal punto di vista della loro inerenza in un soggetto, cioè come un aspetto del suo valore intrinseco, oppure dal punto di vista della tutela che un soggetto riceve dalla società[...] Nella cultura giuridica anglosassone[...] il fatto che i soggetti abbiano a disposizione certe forme di tutela non è il fondamento dei diritti, ma semmai il segno del loro riconoscimento da parte della società⁸.

Este perfil deber ser considerado en relación con el hecho de que la tradición de los derechos subjetivos se sitúa en las raíces más profundas del desarrollo del concepto de derechos humanos, el tipo privilegiado de los derechos humanos que, de alguna manera, representan el marco normativo de

⁵ Quizá, como en el caso L. W. Sumner, los derechos morales son considerados *derechos convencionales moralmente justificados*, es decir, derechos que obtienen validez y justificación del vivir social, por lo que la posesión de un derecho moral depende de la posibilidad de justificar moralmente el derecho convencional que le corresponde. Cfr. L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

⁶ J. FEINBERG, *Filosofía social*, cit., pp. 114-120.

⁷ Cfr. A. K. SEN, "Legal and Moral Rights: Old Questions and New Problems", *Ratio Juris*, núm. 2, 1996, p. 155; J. FEINBERG, "In Defense of Moral Rights: their Bare Existence" en *Id.*, *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*, Princeton University Press, Princeton, 1994, pp. 210-212; C. WELLMAN, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer, Dordrecht, 1997.

⁸ Cfr. F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 259-260.

los derechos sociales⁹. El filósofo Hillel Steiner ha recurrido a la feliz imagen de los derechos morales como paquetes de acciones moralmente prescriptivas guiadas por los principios de justicia, de forma que los derechos morales representarían la afirmación de las instancias de justicia¹⁰. A este respecto, aunque se entenderá mejor a lo largo del texto, y si se pueden definir los derechos sociales como instancias morales de justicia social, parecería plausible destacar que la imposibilidad de ejercer un derecho social se sitúa plenamente en el contexto de las violaciones de los derechos morales, y por tanto no sólo en el de las condiciones de imposibilidad debidas a la falta de los recursos necesarios para el ejercicio real de esos derechos, en cuanto “derechos a prestaciones positivas”¹¹. Si el sistema de *welfare* es el instrumento que las sociedades democráticas de los siglos XIX y XX han adoptado para tutelar los derechos, en concreto para proteger a los sujetos más débiles y vulnerables, los “derechos morales sociales” representan el marco normativo de las precondiciones necesarias para el desarrollo humano y para el mantenimiento de un régimen democrático. Este aspecto implica la *enforceability* de los “derechos morales sociales”, de los que se considera plausible avanzar hacia una teoría de los derechos en condiciones de tutelar las libertades y los intereses de varios agentes morales y hacer que estos sean respetados y tenidos en consideración racionalmente¹². La cuestión gira en torno al problema del peso normativo de los derechos sociales que, a nivel político e institucional, encuentran incluso hoy en día serias dificultades de tutela y garantía, ya que tales derechos

[...] vengono declassati a semplici esigenze politiche oppure a rivendicazioni morali che, nonostante il fatto di essere state inserite in norme giuridiche, non arrivano a trasformarsi in veri e propri diritti.

⁹ Cfr. R. G. MANRIQUE, “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, *Derecho y Libertades*, núm. 23, 2010, pp. 73-105.

¹⁰ Cfr. H. STEINER, “The Structure of a Set of Compossible Rights”, *The Journal of Philosophy*, núm. 23, 1977, pp. 767-775; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1994, trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bolonia, 2012, caps. IV, V, VI; C. S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 368.

¹¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, cap. XI.

¹² Cfr. B. DE MORI, *Diritti morali ed etica normativa. Tra deontologismo kantiano e consequenzialismo utilitarista*, cit., pp. 31-61. Cfr. J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970; N. E. SIMMONDS, “Rights at the Cutting Edge” en M. H. KRAMER, N. E. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate Over Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

[...] questa posizione è ideologica e deriva dai pregiudizi di una tradizione in cui l'interesse privato viene considerato come il motore dell'agire dell'uomo, e in cui viene messo in dubbio il ruolo dei poteri pubblici come protagonisti dell'assistenza sociale per mezzo di azioni positive rivolte a tutte le persone che non sono in grado di raggiungere da sole i minimi livelli di umanizzazione, e che non potrebbero realizzare, senza questo aiuto, la loro condizione umana¹³.

Si esto permite declarar la legitimidad de todas las acciones encaminadas a la activación de las garantías de desarrollo socioeconómico para hacer exigibles los derechos sociales, no considera admisible, sin embargo, subordinar el objetivo de la tutela de estos derechos al del crecimiento económico y, por tanto, limitar las garantías normativas de naturaleza social, como el acceso a los recursos sanitarios de base, en razón de la reducción del gasto público y con el objetivo de incrementar los procesos de desarrollo que puedan permitir la sostenibilidad de estos derechos posteriormente, es decir: menos derechos hoy en día para tener más desarrollo que permitirá más derechos en el futuro. Sobre la relación entre el desarrollo y los derechos en este texto, se hará referencia explícita a la posición de Amartya Sen y, más en general, al paradigma del desarrollo humano que se inspira en su obra¹⁴. La democracia es condición previa al desarrollo de las libertades reales de todo individuo, dice Sen, y la promoción de los derechos es un factor productivo que contribuye a la estabilidad política y económica y, en este sentido, los derechos morales sociales son derechos con el fin de reducir la injusticia y la desigualdad, y promover nuevas formas de vivir las relaciones sociales de una manera sostenible. El objetivo de este texto es, por tanto, confirmar la fuerza de las razones teóricas relacionadas no solo con el ámbito de la justicia, sino también con el de la acción individual y los planes de vida, como fundamento moral irreductible de la categoría de los derechos sociales, y fundamento común al de los derechos subjetivos, que comprende en su interior la síntesis entre los valores de libertad, igualdad, dignidad, solidaridad y ciudadanía¹⁵.

¹³ G. PECES-BARBA MARTINEZ, "Diritti sociali: origini e concetto", *Sociologia del diritto*, núm. 1, 2000, pp. 33-50.

¹⁴ Cfr. A. K. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milán, 2001.

¹⁵ Cfr. T. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Florencia, 2012, p. 30.

2. DE LOS DERECHOS MORALES A LOS DERECHOS SOCIALES

A Feinberg se le debe, como ya hemos visto, la utilización de la expresión “pretensiones moralmente válidas”, con la que subraya cómo el acto de *pretender* es un acto *performativo*, por el que uno se siente “en derecho” de crear expectativas sobre los demás y, en este sentido, los derechos son pretendidos solo por aquellos que los tienen. Desde este punto de vista, Feinberg muestra, además, que el concepto de pretensión válida cobra mayor fuerza si se asocia a las necesidades humanas de base, es decir, a pretensiones *prima facie*, como lo son los derechos humanos, aunque no en todos los casos estas pretensiones pueden ser tratadas plausiblemente como pretensiones válidas, es decir, como razones para obligar a terceros¹⁶. Las pretensiones basadas solo en la necesidad, dice Feinberg, son

[...] “possibilità permanenti di diritti”, il seme naturale dal quale crescono i diritti. Gli estensori di manifesti sono facilmente perdonati per il fatto di parlarne come se fossero già diritti reali, perché si tratta solo di un modo eloquente di esprimere la convinzione che simili pretese dovrebbero essere riconosciute dagli stati come diritti potenziali e di conseguenza come fattori determinanti delle aspirazioni attuali e come guide delle politiche attuali. Questo uso, penso è un valido esercizio di licenza retorica.[...] Un uomo ha un diritto giuridico quando il riconoscimento giuridico della sua pretesa (come valida) è imposto dalle regole in vigore. Naturalmente è difficile che questa definizione si applichi ai diritti morali, non perché il genere del quale i diritti morali sono una specie sia qualcosa di diverso dalle pretese. Un uomo ha un diritto morale quando ha una pretesa il cui riconoscimento è imposto non (necessariamente) da regole giuridiche, ma da principi morali, o dai principi di una coscienza illuminata¹⁷.

Las líneas de caracterización deontológica y normativa de los derechos antes mencionadas son fundamentales para el estudio de los derechos sociales, que tienen que ver con los poderes públicos, las necesidades y los intereses primarios de los individuos. Los derechos sociales parecen, por una parte, “pretensiones de justicia primarias” dirigidas a solicitar acciones positivas concretas por parte del Estado y, por otra, “derechos subjetivos con un

¹⁶ Cfr. J. FEINBERG, “The Social Importance of Moral Rights”, *Philosophical Perspectives*, núm. 6, 1992, pp. 175-198.

¹⁷ J. FEINBERG, *Filosofia sociale*, cit., pp. 115-119.

carácter indirectamente liberal” porque, garantizando la libertad real también dan sentido, indirectamente, a la libertad formal: el mínimo de libertad factual que los derechos sociales garantizan es entendido como un prerrequisito de la capacidad de actuación de los individuos, una especie de libertad real que no podría existir en ausencia de su postulación formal, dada, en este caso, por la irreductibilidad del origen normativo de los derechos.

Desde esta perspectiva, una cuestión normativa constitutiva está representada por la tesis de la correlatividad entre derecho y obligación o, mejor dicho, por la comprensión de si los derechos, en este caso los “derechos morales sociales”, son algo más que el reflejo de los deberes, como plantearía la teoría de Hohfeld¹⁸. Como es sabido, la tesis de la correlatividad hoy en día ha sido abandonada en gran parte dentro de la teorización sobre los derechos subjetivos, ya que se ha comprendido que los derechos son fenómenos más complejos, son *entidades moleculares*, y la presencia de una obligación correspondiente es sólo una de las posibles modalidades con las que se puede presentar un derecho. Los derechos –y aún más los derechos fundamentales– son conjuntos de posiciones subjetivas orientadas a la protección de un cierto interés. Así pues, puede tener sentido decir que estamos en presencia de un derecho aunque no esté identificado con precisión el sujeto sobre el que recaen las obligaciones y las otras posiciones correspondientes. En consecuencia, los derechos pueden ser principios morales y razones centrales para justificar los deberes, pero no encuentran necesariamente su origen en ellos, aunque, a pesar de los límites, el trazado de relaciones lógicas entre conceptos diseñado por Hohfeld puede ser utilizado como un mapa para comprender las relaciones entre las mismas estructuras normativas declinadas en el ámbito moral¹⁹. De ahí se deriva que todo derecho moral entendido como “conjunto molecular” está constituido por un núcleo (*core*) y un conjunto de

¹⁸ Cfr. W. N. HOHFELD, “Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziario. I” (1913) en *Id.*, *Concetti giuridici fondamentali*, Einaudi, Turín, 1969. La reanudación en un ámbito analítico de los trabajos de Hohfeld ha mostrado algunos estudios muy interesantes sobre las relaciones prescriptivas inherentes a la clasificación hohfeldiana. Entre estos se destacan: C. WELLMAN, *A Theory of Human Rights: Persons under Laws, Institutions, and Morals*, Rowman and Allenheld, Nueva York, 1985; L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit.; M. H. KRAMER, “Rights Without Trimmings” en M. H. KRAMER, N. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 7-111.

¹⁹ Cfr. H. L. A. HART, “Legal Rights” (1973) en *Id.*, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and political Theory*, Clarendon, Oxford, pp. 171-173. A Wellman se le debe, en cambio, la distinción entre el *core* y los *associated elements* de todo derecho, cfr. C. WELLMAN,

más posiciones que funcionan como un perímetro de protección, donde el *core* del derecho es solo una parte del mismo. Para comprender lo que requiere el ejercicio de ese derecho, o si el derecho ha sido violado, es necesario conocer el “perímetro de protección” del propio derecho, aunque el *core* consiste en lo que normalmente es requerido por la tutela del interés sustancial que justifica ese derecho²⁰. El conjunto molecular hohfeldiano se muestra útil para aprovechar las dinámicas internas de la estructura de los “derechos morales sociales” en cuanto derechos por los que las posiciones hohfeldianas se vuelven agregables por razones contingentes que pueden ser dictadas por prácticas sociales, agendas políticas o, incluso, razones morales.

Como hemos dicho, a través de esta clasificación, los derechos morales pueden ser investigados como conjuntos moleculares de pretensiones, permisos, poderes o inmunidades, y en cada una de estas acepciones son derechos con una naturaleza moral, es decir, van dirigidos a asegurar una cierta libertad de elección, o a tutelar un interés, etc., enmarcados dentro de una especie de “perímetro conceptual” dictado por la teoría hohfeldiana²¹. Aquí se da a entender lo problemático de la correlación lógica entre derechos y deberes, es decir, de la posibilidad de reducir los derechos a los deberes. Si Hohfeld había concluido que sólo las pretensiones de tipo jurídico son plenamente derechos, que implican ciertas relaciones jurídicas, Feinberg, en cambio, plantea un intento convincente más en el plano de los derechos morales, definiendo un derecho en términos de más deberes, a partir del hecho de que para los derechos morales pueden servir las mismas relaciones asociadas a los derechos jurídicos. Hohfeld ha demostrado que todo *legal claim* implica necesariamente un *legal duty* correlacionado, menos para la libertad, cuyo correspondiente deber consiste en la ausencia de un deber contrario a la libertad. Sobre este aspecto, Feinberg ha argumentado que todo intento de reducir los derechos (morales) a los deberes llevaría consigo una pérdida de atención sobre la persona que reivindica el derecho, como Hart, que afirmaba que el titular del derecho debe ser tomado en consideración como tal y no como beneficiario o destinatario de los deberes. Los derechos, por

The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?, Westview Press, Boulder (CO), 1999, pp. 8-9.

²⁰ Cfr. J. WALDRON, “Rights in Conflict” (1989) en *Id.*, *Liberal Rights. Collected Papers (1981-1991)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

²¹ Cfr. R. HARE, *Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point*, Oxford University Press, Oxford, 1981, pp. 149-15; H. STEINER, “Moral Rights” en D. COPP (ed.), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 459-479.

tanto, serían algo más que una reducción a los deberes que comportan, de lo contrario resultaría redundante o superfluo reclamar un derecho después de haber cumplido el deber que implica, justo porque lo que en realidad caracteriza un derecho es su *función* de generar decisiones, elecciones o procesos de control para prevenir o resolver conflictos entre los miembros de una comunidad. Desde esta perspectiva, un enfoque funcionalista de los derechos (morales), como el que pone en práctica C. Wellman, es compatible, en cuanto pone de relieve que en el centro de un derecho se encuentra la función de tutelar un interés reconocido y, por tanto, protegido por una norma jurídica, ya que los derechos sin tutelas por parte de la sociedad solo son “derechos sobre el papel”²². Y respecto a la teoría general de los derechos, en concreto respecto a los derechos negativos, Wellman subraya el *gap* lógico que caracteriza los derechos positivos, debido a la diferencia entre el contenido de estos derechos y la definición de los deberes que comportan, entre el contenido del *claim-right* y la implicación práctica en términos de deberes que se ponen práctica en una circunstancia determinada. Esto significa que la teoría hohfeldiana, por una parte, es útil para esclarecer las implicaciones prácticas de todo derecho, porque el contenido de cualquier libertad, pretensión, poder o inmunidad está definido en términos de ciertas acciones específicas, pero por otra parte está limitada porque, al aplicar cada elemento hohfeldiano a una situación concreta, hay un *gap* lógico entre la definición del contenido y su implicación en el plano práctico. Wellman destaca, entre las causas de este *gap*, la dificultad de identificar a los “portadores” de deberes como el Estado, un particular y otros individuos, de modo que un derecho puede ser ejercido de diversas maneras respecto a los diferentes deberes asumidos e interpretados por estas “segundas partes”. El argumento que hace derivar los derechos (morales) humanos de las necesidades primarias universales en cuanto necesidades fundamentales del individuo, y no simples deseos o intenciones que dan origen a derechos, se explica, según Wellman, en la crítica por la que al asumir esta perspectiva no se presta suficiente atención a la identificación del *duty-bearer*, es decir, a la “parte” sobre la que recaen las obligaciones vinculadas a la sostenibilidad de estos derechos. Para poner remedio a esta dificultad, siguiendo la idea de Wellman, los derechos morales humanos como derechos sociales son derechos que se poseen por ser miembros de una sociedad, más que por la urgencia de satisfacer necesidades fundamentales.

²² Cfr. C. WELLMAN, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, cit., pp. 1-48.

Desde esta perspectiva, es necesario preguntarse, según Wellman, qué tutelas son particularmente apropiadas en una sociedad concreta, especificando para cada derecho tres aspectos: quién posee el título, quién es la “segunda parte” hacia la que se reclama el derecho y quiénes son las “terceras partes” en posición de apoyar a la primera parte, o intervenir, en cualquier posible conflicto con la segunda parte. Generalmente son las terceras partes las que deben garantizar las tutelas sociales de las que tiene necesidad la verdadera naturaleza de cualquier derecho, que se solicitan para cumplir la función esencial de ese derecho, es decir, la función de conferir autonomía al titular del derecho sobre cualquier segunda parte resistente. La tutela jurídica de un derecho, entendido como derecho moral, está representada en primera instancia por el Estado como tercera parte que, con su papel, interviene como única forma de protección estatal. En el caso de los derechos morales sociales, el Estado representa tanto la segunda como la tercera parte y esto revela la complejidad implícita en los mecanismos de garantía de esos derechos, para los que, por una parte, surge la exigencia de proteger el derecho del individuo al *Welfare State* de las formas de violación y, por otra, existe el deber del Estado de poner en práctica tutelas para garantizar el ejercicio de ese derecho. Esta dificultad que pone de relieve Wellman, se revela de sumo interés para comprender la naturaleza especial y la estructura de los derechos sociales²³. La conexión de estos derechos con las “pretensiones” de justicia social, aunque se coincida con Wellman en el hecho de que no necesariamente los derechos morales derivan de teorías de la justicia social, permite justificar, conforme a lo mostrado por Feinberg, la naturaleza de un *valid claim* como demanda de justicia “debida”. En un momento dado, Wellman reconoce que los derechos constitucionales deben incorporar derechos morales como el desarrollo y el acceso al *Welfare State*, y esto constituye una justificación moral suficiente para hacer que los derechos morales sociales sean “tomados en serio”, como están decretados en la *United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966), a la luz de la teoría general de los derechos.

Si se aplica todo cuanto se ha dicho al esquema de los derechos sociales, como el derecho a la educación, a la salud o directamente a la mera subsistencia, se ve que se trata de derechos que no identifican un destinatario preciso y, en primera instancia, no instituyen ningún deber. Sin embargo, estos derechos pueden ser reivindicados plenamente por parte de un sujeto

²³ Cfr. C. WELLMAN, *Real Rights*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1995.

titular de los mismos, teniendo que ver con un *core* irreductible inherente a la dimensión y al valor individual de la existencia. Sería mejor decir que la justificación, o el fundamento sustancial, de esos derechos como “pretensiones moralmente válidas” está dictada principalmente por la noción de *dignidad humana*, a la que se acercan las instancias de igualdad sustancial y solidaridad social. Estos últimos son, en efecto, los principios básicos de los derechos sociales que a menudo aparecen en la doctrina y en las reconstrucciones corrientes. Desde esta perspectiva, los derechos sociales serían derechos a prestaciones públicas (solidaridad) orientados a evitar que cualquier circunstancia material o existencial (salud, indigencia, desempleo, etc.) impida el pleno desarrollo de la persona humana y su participación en la vida social en libertad e igualdad. Esto, como es sabido, es coherente con la idea de que los derechos sociales resultan funcionales para asegurar la libertad a través del Estado. En base a esta definición, por tanto, los derechos sociales siempre se caracterizarían por un aspecto prestacional dentro de los sujetos públicos y de una aspiración igualitaria en el sentido de la neutralización de desigualdades particulares. En consecuencia, el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, son entendidos como derechos sociales a recibir prestaciones públicas con el fin de reducir al máximo las desigualdades en estos sectores. Como se verá a lo largo del texto, este aspecto debe ser reconducido necesariamente al origen normativo de los derechos (morales) sociales centrado en la *human agency* como criterio de identificación estructural de esos derechos, que es algo muy distinto del carácter meramente prestacional.

3. LOS DERECHOS SOCIALES ENTRE DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA

Aunque aún haya quien siga defendiendo el argumento de la conflictividad entre derechos de libertad y derechos sociales, debida al hecho de que los derechos sociales a diferencia de los primeros son derechos con un carácter prestacional, en la literatura filosófico-jurídica y política contemporánea prevalece, por lo general, la idea de que no existe un conflicto real. Al contrario, los derechos sociales servirían para hacer más efectivos los derechos de libertad. Sin embargo, se puede decir que los argumentos más recurrentes adecuados para desacreditar el estatuto de los derechos sociales tienden a confundir el aspecto estructural, reconducible a su origen normativo, con la definición de esos derechos que gira principalmente en torno a la cuestión de que están conectados a una obligación no claramente definida que los convierte en

derechos “no justiciables”. De esta forma se vuelve a proponer, basándose en diferencias estructurales *afirmadas*, el intento de restablecer una jerarquía axiológica entre derechos de libertad y derechos sociales²⁴. Pero la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales, que en el plano normativo no compromete el *core* de ser derechos morales, puede enmarcarse mejor en términos hohfeldianos. De hecho, si se configuran –como hemos visto un poco más arriba– los derechos como complejas agrupaciones de posiciones subjetivas, entonces la posibilidad de recurrir a juicio no puede ser considerada un elemento definitorio del derecho subjetivo en sí, sino un elemento que concierne al “perímetro de protección” del derecho, es decir, es una de las posiciones subjetivas prácticas para la protección del interés que subyace al derecho. En consecuencia, ese poder, en teoría, también puede estar ausente, sin que esto determine el agotamiento del derecho subjetivo. En definitiva, en relación con el elemento de la prestación que estaría presente en los derechos sociales y ausente en los derechos de libertad, el argumento estándar recurrente es el que sigue: el disfrute de los derechos de libertad depende sólo del ejercicio, libremente transferido a la iniciativa del titular del derecho; por el contrario, el disfrute de los derechos sociales requiere una intervención activa por parte del Estado. De ello se desprende que los derechos sociales tienen una naturaleza programática, es decir, que un derecho social no existe, o al menos no se puede disfrutar, hasta que el Estado no predispone las medidas normativas y presupuestarias que integran las obligaciones correspondientes. Además, el disfrute de los derechos sociales, a diferencia de los derechos de libertad, requiere un coste a cargo de la colectividad. Ahora, en cuanto al primer aspecto, no es necesariamente así, como ha afirmado en repetidas ocasiones Feinberg: un derecho existe aun cuando la obligación correspondiente (o algunas de las obligaciones correspondientes) no estén determinadas con precisión. En cuanto al segundo aspecto, también los derechos de libertad requieren un aparato público y costoso tanto para su tutela como para su disfrute, y de manera más general, incluso la violación de un derecho supone un coste, al menos desde el punto de vista del titular del derecho.

Por lo tanto, todos los derechos tienen aspectos “negativos”, en el sentido que requieren una abstención por parte del Estado, y “positivos”, en el

²⁴ C. COURTIS, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social” en M. CARBONELL SANCHEZ (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007; G. PISARELLO, A. GARCÍA MORALES, A. OLIVAS DÍAZ (eds.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.

sentido que requieren intervenciones positivas por parte del Estado, y todos los derechos requieren aparatos públicos para su protección. Además, muchos derechos sociales, además de tener un valor en sí mismos, también sirven para hacer efectivo el disfrute de las libertades, de modo que, detrás de su configuración global, se ocultan muy a menudo definiciones engañosas.

La idea de la indivisibilidad de los derechos, por el contrario, frustra la posibilidad de una jerarquía axiológica reafirmando tanto la interdependencia entre derechos como la realidad multidimensional, moral y jurídica, que caracteriza una teoría de los derechos²⁵. Por otra parte, la propia *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2000), aun sin determinar ningún tipo de relación específica entre los derechos y renunciando a la definición de las modalidades para su salvaguardia, ha identificado un completo catálogo de los derechos sociales eliminando las distinciones tradicionales entre derechos fundamentales y los que no lo son, es decir, entre derechos civiles y políticos, sociales y económicos. Si se piensa que todos los derechos contenidos en la Carta giran en torno a seis categorías de valores fundamentales (dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia), esto nos lleva a situar todos los derechos fundamentales en el mismo nivel. Tanto es así que, en este contexto, la indivisibilidad de los derechos se ha interpretado como un paso hacia adelante. A pesar de esto, como se sabe, las consecuencias teóricas y prácticas de dicha equiparación plantean desafíos de largo alcance dada la “referencia móvil” al derecho comunitario, la legislación y las praxis nacionales por lo que respecta al poder de dictar los límites de los derechos incluidos en el Carta, poder que termina por asignar a los tribunales el papel decisivo de la determinación de los derechos de acuerdo con el criterio jurisprudencial de “proporcionalidad”, imponiendo además un diálogo complejo entre los tribunales y la legislación²⁶.

En vista de lo anterior, parecería que la dimensión teórica y moral, inherente al fundamento de los derechos sociales, esté dotada con los requisitos previos necesarios para su conversión en un nivel práctico y jurídico, para lograr una condición óptima de certeza y “facticidad” que permita garantizar lo que está bien y lo que es debido para la realización de los intereses y

²⁵ Cfr. F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2014, pp. 39-43.

²⁶ Cfr. E. PACIOTTI, “La carta: i contenuti e gli autori” en VV. AA., *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; G. BISOGNI, “Profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 16, 2011, pp. 35 y ss.

planes de vida. En realidad, resulta algo problemático y las principales dificultades de la conversión desde el plano teórico al efectivo se deben a una “zona gris” en la que el aspecto estructural, estrechamente relacionado con la dimensión sustancial de los derechos sociales, coincide con la búsqueda de las razones necesarias y/o suficientes para que un derecho sea reconocido como tal en el plano normativo. Desde este punto de vista, la concepción dinámica de los derechos, y las razones morales, jurídicas y políticas que llevan a apoyar ciertas perspectivas justificativas a pesar de otras²⁷, ocupan un lugar destacado en el debate contemporáneo.

La concepción dinámica de los derechos, en la versión contemporánea de la *interest theory*, se presenta como uno de los presupuestos más sólidos para apoyar una pretensión de validez del reconocimiento de los derechos sociales. Desde esta perspectiva, decir que existe un derecho equivale a decir que un cierto interés se considera suficientemente importante como para justificar la atribución a alguna persona de una serie de posiciones hohfeldianas (pretensiones, libertades, inmunidades y poderes), y para imponer a otra las posiciones correlativas idóneas para promover y tutelar ese interés. Sin embargo, en el concepto de interés, el elemento justificativo, es decir, el interés sustancial que justifica un conjunto de posiciones hohfeldianas, puede hacer que la relación entre el interés sustancial y el derecho no sea lineal, ya que no hay una sola forma en la que un interés pueda ser aplicado y protegido, pero sí que hay diferentes combinaciones de posiciones idóneas para la persecución del objetivo. En este sentido, la justificación de un derecho mediante la promoción de un interés es el resultado de un proceso articulado, en el que entran en juego elementos complejos, como la creación de deberes y la aplicación de formas para equilibrar los intereses. Este hecho, sin embargo, crea muchos problemas a los defensores de una línea pura de los derechos, se-

²⁷ Cfr. M. H. KRAMER, N. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate Over Rights*, cit. El debate acerca de la función de los derechos se desarrolla a través de diferentes posiciones normativas, unidas por la postura que considera indispensable la teoría hohfeldiana (Kramer, Simmonds y Wellman), aunque algunos pensadores consideran que solo es un punto de partida (Summer, Raz y MacCormick). Wellman, por ejemplo, apoya el axioma de la correlatividad, que juzga de importancia fundamental para justificar la función de los derechos como capacidad de conferir autonomía y control al titular, a través de la imposición directa de deberes. Raz y MacCormick, sin embargo, formulan un vocabulario alternativo al axioma de la correlatividad, como el desarrollado por Hohfeld, y proponen un equilibrio de intereses del que hacer derivar los deberes que no estarían directamente relacionados con los derechos y, por lo tanto, susceptibles de ser encajados en la rígida teoría analítica de los conceptos jurídicos constitutivos del vocabulario de los derechos.

gún los cuales los derechos sociales contribuyen al fenómeno de la inflación de los derechos porque cualquier pretensión e interés puede llegar a ser un derecho²⁸.

El argumento por el que, muy a menudo, se establece que no existe un derecho humano al *welfare* (educación, un nivel de vida digno, atención médica, empleo, etc.), ya que estos bienes no se pueden garantizar a todos los individuos, sobre todo en los contextos más desfavorecidos, es, a juicio de Waldron, un argumento falaz. El problema de la falta de recursos, según Waldron, sólo se plantea cuando se discute la reivindicación de los derechos de todos, pero no en relación con el deber en cada caso, sino que, más bien, es la combinación de los derechos de todos, tomados en su conjunto, lo que no puede ser satisfecha: una de las conquistas más importantes del lenguaje sobre los derechos es el hecho de que son atribuidos a las personas de una en una y no de manera colectiva o en conjunto²⁹.

El aspecto problemático, sin embargo, en relación con los derechos sociales, radica en la dificultad y en los obstáculos trazados en el nivel de la teoría *dinámica* de los derechos y garantías insuficientes para custodiar el dinamismo en la comunidad y sociedades diferentes. Las reglas que tienen que ver con la justicia distributiva, y dan a las personas el poder de crear nuevos deberes y nuevas obligaciones, proceden de los cambios y la evolución de la sociedad y tienen dificultades cuando son llamados a determinar no sólo las prohibiciones, sino que también deben ser funcionales en la estructuración de las relaciones sociales e interpersonales³⁰. De hecho, una vez declarado que la característica central de un derecho es proporcionar la protección o la justificación de un interés a su titular, aún no se han puesto las condiciones necesarias y suficientes para tener un derecho (incluso el contenido de ciertos deberes puede representar un beneficio para aquellos que están obligados a seguirlos, pero esta característica no los convierte en derechos).

²⁸ Cfr. M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, 2001, trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milán, 2003; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, il Mulino, Bologna, 2006.

²⁹ J. WALDRON, "Rights in Conflict", *Ethics*, núm. 3, 1989, p. 507. Cfr. J. MORESO, "Ferrajoli sobre los conflictos entre derechos", trad. it. "Ferrajoli sui conflitti tra diritti", *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 6, 2006, pp. 133-141.

³⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, "Diritti fondamentali", *Teoria politica*, núm. 2, 1998, pp. 41-113; *Id.*, *Principia Iuris*, I, cit., cap. XI, Roma-Bari, Laterza, 2007.

En este sentido, un paso más allá con el fin de llegar a apoyar el tejido de los derechos sociales tiene que ver con la comprensión de lo que es bueno para una persona, sus intereses, y quién debería decidir³¹. El filósofo J. Raz afirmó que los intereses se relacionan con los aspectos esenciales del bienestar, como puede ser la salud³². En este sentido, la posición de aquellos que apelan a los intereses entendidos como necesidades (*needs*) de los individuos parecería ser menos genérica y aproximada³³. El concepto “necesidades” indica un componente estrechamente relacionado con el ser humano y sus necesidades establecidas universalmente, entonces, con respecto al interés, la necesidad representa un criterio menos vago y más apetecible. Las necesidades parecen tener un carácter más *urgente* que los intereses, llegan hasta las raíces de la existencia de los individuos y disfrutan de una mayor determinación. Se han planteado muchas definiciones sobre el concepto de *basic needs*, entre las que destaca por su eficacia la de G. Rist, que las describe como algo cuya satisfacción está estrechamente relacionada con el ser humano, por lo que la no satisfacción de estas necesidades provoca la “destrucción” del mismo³⁴. Por esta razón hemos

³¹ Cfr. B. DE MORI, *Diritti morali ed etica normativa. Tra deontologismo kantiano e consequenzialismo utilitarista*, cit., pp. 65-152.

³² Cfr. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 192. Según Raz, un individuo tiene derecho a X si y solo si una persona tiene un interés en X. Esto sería suficiente para generar en los demás los deberes de respetar, proteger y promover ese interés. Esta definición identifica el interés en que se basa el derecho como motivo para generar deberes correlativos, y los derechos, según Raz, serían especialmente adecuados para funcionar como pasos intermedios en los argumentos acerca de cómo deben ser tratados sus titulares. Cfr. J. RAZ, “On the Nature of Rights”, *Mind*, 1984, 370, pp. 194-214; *Id.*, “Rights and Individual Well-Being”, *Ratio Juris*, núm. 5, 1992, pp. 127-142, trad. it. “Diritti e benessere individuale” en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (coords.), *Analisi e diritto 1991. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1992.

³³ El *basic need approach* se ha desarrollado en torno a los años setenta, como resultado de las políticas de desarrollo en los países que estaban en condiciones de pobreza extrema. En 1976, el informe de la *World Employment Conference* y de la *International Labour Organisation* (OIT) definía las *basic needs* en términos de alimentación, vestido, vivienda, educación, salud, transporte público. Después se añadieron el trabajo, clasificado ya sea como medio o como fin, y la participación pública en los procesos de toma de decisiones. El primer objetivo a alcanzar era cuantificar las necesidades básicas durante un tiempo definido, al menos un año, y luego cubrir las necesidades principales en el espacio de veinticinco años (1975-2000). Es importante destacar que la OIT define el concepto de *basic needs* como un concepto dinámico y *country-specific*. Cfr. D. WIGGINS, *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value*, Blackwell, Oxford, 1987; *Id.*, “An Idea We Cannot do Without” en S. READER (ed.), *The Philosophy of Need*, Royal Institute of Philosophy Supplement 57, CUP, Cambridge, 2005.

³⁴ Cfr. G. RIST, “Basic Questions about Basic Human Needs” en K. LEDERER (ed.), *Human Needs, Gunn and Hain*, Cambridge (MA), 1981.

tratado de definir el concepto de necesidades como pretensión (*claim*), descubriendo el valor en sí mismo de la necesidad. En esta línea, las teorías sobre las necesidades han intentado identificar los criterios sobre la base de la naturaleza humana para establecer la prioridad de las necesidades que deben satisfacerse o favorecerse y evaluar qué circunstancias son las más relevantes para justificar las necesidades de los individuos como “derechos-pretensión” (*right-claim*), considerado el hecho de que las necesidades humanas son también las secundarias y no solo las primarias, cuyo “estatuto científico” es difícilmente verificable respecto al de las necesidades primarias³⁵.

Desde este punto de vista, el enfoque de las capacidades (*capabilities approach*), tal como ha sido tematizado por Amartya Sen, y luego retomado por Martha Nussbaum, parece ser más prometedor, ya que asocia la necesidad no solo con lo que está destinado exclusivamente a la conservación de la vida, sino también con su “calidad”³⁶. Pero un aspecto problemático de una concepción de los derechos como capacidades es que el concepto de capacidad sea demasiado amplio. Por ejemplo, el derecho a la alimentación, es, según el planteamiento de Sen, tanto el derecho a una capacidad, la de incorporar los beneficios de la alimentación, como el derecho a ciertos recursos y el derecho a la ausencia de impedimentos externos planteados por otros sujetos al ejercicio de la alimentación³⁷. El alcance normativo del enfoque de las capacidades muestra claramente la necesidad de considerar los derechos humanos como derechos morales, diseñados para proteger los “intereses humanos vitales”, incluyendo en su interior tanto los derechos positivos como los negativos y la necesaria interdependencia de los derechos civiles, políticos y los derechos sociales y económicos, a pesar de las tendencias predominantes, no sólo en la filosofía política liberal, sino también en la literatura internacional, que han favorecido sobre los derechos humanos garantías formales más relacionadas

³⁵ Cfr. L. DOYAL, “A Theory of Human Need” en G. BROCK (ed.), *Necessary Goods: Our Responsibilities to Meet Others*, Rowman & Littlefield, Lanham (MD), 1998, pp. 157-172.

³⁶ Cfr. A. K. SEN, “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 4, 2004, pp. 315-356; *Id.*, “Equality of what?”, trad. it. “Uguaglianza, di che cosa?” en *Id.*, *Scelta, benessere, equità*, il Mulino, Bolonia, 1986; *Id.*, *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1994, trad. it. *La disuguaglianza. Un riesame critico*, il Mulino, Bolonia, 2010 (nueva ed.); M. C. NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Nueva York, 2000, trad. it. *Diventare persone. Donne e universalità di diritti*, il Mulino, Bolonia, 2001.

³⁷ Cfr. S. F. MAGNI, “Capacità, libertà, e diritti: Amartya Sen e Martha Nussbaum”, *Filosofia politica*, núm. 3, 2003, pp. 497-506.

con la protección y el respeto de los derechos de libertad³⁸. Sen igualmente, por otra parte, ha demostrado que el concepto de justicia en nuestra sociedad ha adquirido un lugar crucial que solamente es compartido por la noción de derechos, capaces de expresar el error, la privación, la vulnerabilidad y la necesidad de libertad³⁹.

4. ¿UNA TEORÍA FALLIDA DE LOS DERECHOS (MORALES) SOCIALES?

A la luz de todo lo que se ha dicho, un razonamiento básico debe necesariamente analizar el tema de la dimensión “relativa y negociable”, considerado el hecho de que ese perfil condiciona la aplicación concreta de los derechos sociales en contextos jurídicos nacionales. Si, por un lado, los rasgos de universalidad e inalienabilidad, tradicionalmente predicados por los derechos civiles y políticos, no son totalmente eficaces y exigibles en la configuración jurídica real, y esto también vale para los derechos individuales, por otro lado, se debe tomar nota de que, como ya se ha mencionado, este aspecto supone una “amenaza” estructural constante para los derechos sociales, por lo que es necesario hacer hincapié en este punto.

Una crítica, que se podría decir que es inherente a la cuestión fundamental, se encuentra en la asunción de los modelos de justificación de los derechos sociales que, por lo general, dependen de la elección de tutelar un conjunto de bienes y necesidades básicas del individuo (*basic needs approach*), en particular, en la versión del enfoque de las capacidades⁴⁰. Muy brevemente, estos dos enfoques interconectados están basados en dos dimensiones normativas. La primera consiste en enfatizar la *human agency*, por lo que se subrayan las necesidades con el fin de crear las condiciones para una vida satisfactoria. Sin embargo, la segunda hace hincapié en la dignidad humana y en el hecho de que ciertos componentes, como la salud y/o la educación son bienes primarios básicos para una vida digna y para construir las bases sociales del respeto a uno mismo. El objetivo es la consecución de la *autono-*

³⁸ Cfr. M. C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, 2006, trad. it. *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 306.

³⁹ Cfr. A. K. SEN, *The Idea of Justice*, Penguin Books, Londres, 2009, trad. it. *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milán, 2010.

⁴⁰ Cfr. A. K. SEN, “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 4, 2004, pp. 315-356.

mía moral de forma que la garantía y el acceso a determinados bienes, o la satisfacción de ciertas necesidades, no terminen siendo lo contrario de un derecho, es decir, un “privilegio”⁴¹. Sin embargo, las críticas transversales a estas dos dimensiones surgen cuando se trata de definir el contenido de los derechos sociales, o más bien el umbral (*threshold*) del nivel dentro del cual satisfacer o garantizar bienes como la salud o la educación.

La conceptualización teórica de este problema se ha traducido en la conocida distinción, ya mencionada, entre derechos negativos (derechos de no interferencia) y derechos positivos (que implican una intervención activa en términos de recursos). De hecho, su capacidad de identificación se encontraría en que son “derechos de prestación”, de los que se derivan algunas críticas. Afirmar que los derechos sociales se distinguen de otros derechos porque son derechos de prestación plantea la cuestión de comprender hasta qué punto la relación estructural de estos derechos con la *human agency* y con la tutela del valor de la dignidad humana muestra la *relatividad* de las posiciones de los individuos en un contexto social determinado. El problema parece ir en aumento si se considera que la dimensión al mismo tiempo prestacional y positiva de estos derechos puede ser un impedimento no sólo para reconocer la aplicación por parte del Estado, sino también para sancionar la imposibilidad de una teorización de los derechos sociales centrada en “obligaciones positivas”. Sin embargo, el criterio de identificación de estos derechos prevalece en el ámbito normativo. En realidad, lo que se tiende a confundir es el criterio de “bien protegido”, es decir, el valor del derecho en relación con una determinada interpretación de las reclamaciones del individuo y de su posición en la sociedad, con las técnicas y las estrategias mediante las cuales nos proponemos satisfacer los derechos. Estos últimos no son identificativas del tipo de derechos, pero están subordinadas a la naturaleza de los bienes protegidos. De ello se desprende que todos los derechos son prestacionales, más o menos costosos⁴², desde el momento en que los “derechos tomados en serio” implican un contexto institucional-organizativo y los mecanismos de protección que los convierten en eso. Así que el carácter oneroso de algunos derechos sería un argumento válido únicamente en el momento de valorar

⁴¹ Cfr. M. WALZER, “Philosophy and Democracy”, *Political Theory*, núm. 3, 1981, pp. 379-399.

⁴² Cfr. S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Londres-Nueva York, WW. Norton & Company, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, il Mulino, Bolonia, 2000, cap. I.

las condiciones reales de la efectividad de los derechos sociales, a pesar de la irreductibilidad del *core* normativo de los mismos.

Lo que se quiere destacar es que son los argumentos morales los que identifican el estatuto y la función de los derechos, como se ha dicho en este texto, y no el presupuesto o el equilibrio de las cuentas del Estado que limitan su alcance subordinándolos a las razones de equilibrios financieros. A este respecto, Sen muestra cómo los derechos son los verdaderos factores del crecimiento económico y el auténtico motor del desarrollo social y económico. En particular, la naturaleza misma de los derechos sociales es proporcionar protección no solo en tiempos de crisis económica, sino también de extrema vulnerabilidad social. Por lo tanto, existe un fuerte vínculo entre el origen normativo de estos derechos y las condiciones de vida que los gobiernos deberían facilitar a través de estos, desde el momento en que estas condiciones afectan a ese origen normativo, es decir, al concepto de la dignidad (y desarrollo) humana. Sin embargo, el hecho de que el *ethical claim* de los derechos sociales esté constantemente expuesto al riesgo de no traducirse en un *legal claim* accionable, con la “pretensión” de acceder a bienes y servicios, da lugar a una problemática constante, debida a la limitación de la superación o no de la prueba de viabilidad de estos derechos. Esto siempre sucede en relación con el estatuto de esos derechos que, aún hoy se considera que no es sólido, especialmente por la aproximación con la que tenemos en cuenta los derechos sociales derivados de los derechos humanos sobre la base de las demandas de justicia social, entendida esta última en el sentido más amplio de justa distribución de cargas y beneficios dentro de una sociedad concreta. Pero, de acuerdo con este razonamiento, la justicia social no podría dar lugar a derechos humanos específicos porque los principios de justicia distributiva se aplican a los individuos por ser miembros de la sociedad, no por ser seres humanos. C. Beitz, artífice de esta crítica, cree que es erróneo explicar las bases de ciertos derechos humanos recurriendo a los modelos de justicia social y, en particular, a ciertas características de la cooperación social humana⁴³. Según Beitz, los derechos sociales deberían ser configurados de acuerdo a su grado de satisfacción en términos de recursos y no en base al hecho de que a toda necesidad humana corresponda un derecho humano que debe ser satisfecho. Beitz, sin embargo, afirma que los derechos humanos son piedras de toque ético, un parámetro con el que juzgar y criticar las instituciones in-

⁴³ Cfr. C. BEITZ, “Human Rights and Social Justice” en P. G. BROWN, D. MACLEAN (eds.), *Human Rights and U. S. Foreign Policy*, Lexington Books, Lexington, 1979, pp. 45-63.

ternas, un parámetro sobre el que calibrar las instancias para su reforma y, cada vez más, un parámetro de valoración de las estrategias y los comportamientos de las instituciones económicas y políticas internacionales⁴⁴. A partir de este supuesto, en realidad, se puede deducir la importancia de identificar las “entidades” precisas a las que se dirigen las “pretensiones” de justicia implícitas en los derechos sociales, que inevitablemente presuponen una estrecha relación entre el *right-holder* y el *duty-bearer* en un contexto político y económico específico. Desde este punto de vista, de acuerdo con todo lo afirmado por J. Raz, los derechos que identifican los aspectos del bienestar de la persona en un sentido que incluye “necesariamente” los derechos sociales plantean deberes especiales sobre los demás, es decir, prestaciones positivas, pero esto no significa subordinar el estatuto de estos derechos a la variable de los recursos y los conflictos entre los deberes positivos⁴⁵. Cuando un interés fundamental de tipo A plantea un deber en una parte de tipo B, debemos preguntarnos cuáles son las obligaciones que el interés A universalizado genera en B con el fin de entender la urgencia. En la práctica, el desarrollo de lo que puede ser definido como un *social rights-based approach* está intrínsecamente ligado a los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos y prevé que la realización de un derecho sea “fisiológicamente” dependiente de la implementación de otros derechos (humanos) fundamentales.

En la segunda mitad del siglo XX, las políticas mundiales en materia de justicia han tenido cada vez más en consideración los derechos sociales debido al hecho de que la reducción de la pobreza y la eliminación de otros problemas económicos y sociales se han convertido en objetivos centrales del compromiso global por los derechos humanos. Si, por una parte, autores como B. Berry siguen afirmando que frente a los gobiernos que carecen de los medios para proporcionar a cada uno de sus ciudadanos una vivienda adecuada y un aporte nutricional adecuado, buenas condiciones higiénicas y un ambiente saludable en general, educación y asistencia médica, los países ricos tienen la obligación de intervenir para que estos recursos estén disponibles a través de la implementación de los derechos sociales⁴⁶; por otra parte, son conocidas las respuestas críticas de M. Cranston y O. O'Neill que

⁴⁴ C. BEITZ, “Human Right as a Common Concern”, *American Political Science Review*, núm. 95, 2001, p. 269.

⁴⁵ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, cit, p. 180.

⁴⁶ B. BERRY, *Why Social Justice Matters*, Polity Press, Londres, 2005, p. 28.

han rechazado con firmeza la inclusión de estos derechos en la categoría de los derechos humanos debido al grado de practicabilidad de estos derechos dentro de los países y al hecho de que no son “institucionalizables” (*institutionalization critique*) por las obligaciones que comportan⁴⁷. Si la viabilidad fuera la condición indispensable de cualquier derecho, entonces no solo los derechos sociales, sino todos los derechos, carecerían de sentido; incluso el derecho a la libertad, dada la imposibilidad práctica de asegurar que la vida y la libertad del individuo no sufran violaciones cada día. La aplicación fallida de un derecho social no es razón suficiente para hacer de un derecho hipotético un no-derecho.

5. DEL IDEAL IGUALITARIO A LA REDUCCIÓN DE LAS DESIGUALDADES “INACEPTABLES”

Por las razones que en parte se han mencionado hasta el momento, está continuamente “bajo acusación” la idea de que los derechos sociales se refieren a un núcleo normativo inspirado en los principios de la justicia social y la condición simétrica de ser libres e iguales, como figura en los dos principios de la justicia de Rawls. Entonces, quizá valga la pena preguntarse si es más plausible basar la idea de los derechos sociales, más que en una sociedad “justa y estable” de ciudadanos libres e iguales, en una sociedad menos “injusta”, donde muchas más personas deberían poder vivir en condiciones más dignas, dado el aumento de las denominadas desigualdades “inaceptables”, es decir, desigualdades que puede llegar a socavar la integridad y la naturaleza del compromiso democrático⁴⁸.

Una de las principales críticas que Sen dedica a Rawls está vinculada a su idea de la justicia como elección de “instituciones justas” y a su diseño de una

⁴⁷ M. CRANSTON, “Human Rights, Real and Supposed” en D. D. RAPHAEL (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Indiana University Press, Bloomington (IN), 1967, pp. 43-53; O. O’NEILL, “The Dark Side of Human Rights”, *International Affairs*, núm. 2, 2005, pp. 427-439.

⁴⁸ La referencia no es solo a las desigualdades de ingresos, que de hecho podrían ser moralmente justificadas, al menos hasta que se demuestre que la igualdad económica es una ideal moral prioritario a perseguir, sino a esas desigualdades que están obligando a más y más personas a vivir en condiciones de pobreza y que por eso se encuentran más o menos en una situación de impotencia para ejercer un papel activo en el ámbito público con efectos potencialmente antidemocráticos. Cfr. H. G. FRANKFURT, *On Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2015, trad. it *Sulla disuguaglianza. Perché l’uguaglianza economica non è un ideale da perseguire*, Guanda, Milán, 2015; T. PIKETTY, *L’économie des inégalités*, La Decouverte, París, 2014 (2ª ed.), trad. it. *Disuguaglianze*, UBE, Milán, 2014 (2ª edición).

inclusión solo supuesta⁴⁹, si bien le reconoce el haber afirmado la capacidad de tener un “sentido de la justicia” como dimensión fundamental del ser humano. Sen, por el contrario, cree que el bienestar social es una cuestión de “justicia efectiva” y de una adecuada producción de los servicios públicos que pasan por la evaluación pública, *place-based*, de los contextos y los diferentes aspectos de la vida humana basada en lugares y comunidades. Desde esta perspectiva, la relación normativa entre derechos sociales y libertad sustancial o, podríamos decir, entre las políticas sociales relativas a los derechos fundamentales en el Estado social de derecho, por utilizar las palabras de Luigi Ferrajoli, debería prever un tejido social que ya no se base en viejas fórmulas burocráticas o asistenciales, sino en las garantías de acceso a los bienes fundamentales para la tutela de la dignidad de la persona como la salud, la educación o la subsistencia⁵⁰. Sin embargo, desde esta lente de aumento, la del Estado social de los derechos, debemos reconocer cómo en los últimos años se ha producido una regresión que se está traduciendo en una auténtica “agresión” al Estado social, con la evidente dificultad que los sistemas de solidaridad tienen para gobernar la crisis económica que comenzó en 2008 y con el consiguiente aumento no solo de las desigualdades económico-sociales, sino también de la tasa de pobreza⁵¹. La erosión gradual de estos sistemas entra en contradicción con el modelo universalista e igualitario promovido por ciertas Constituciones, como la Constitución italiana, que contempla la formalización de derechos sociales como el derecho a la salud y a la educación, confiados cada vez más a la lógica del mercado o a la discrecionalidad selectiva de los aparatos burocráticos que reducen al mínimo la educación y la asistencia sanitaria gratuitas.

El mecanismo de garantías vinculadas al ejercicio de los derechos sociales, síntesis del Estado liberal mínimo y del Estado social máximo, por un lado, lucha por seguir de acuerdo con la capacidad del ideal igualitario y de los principios de justicia distributiva a él conexos⁵²; y por otro lado, se invoca

⁴⁹ Cfr. A. K. SEN, *The Idea of Justice*, cit.; J. RAWLS, *Justice as Fairness: a Restatement*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-Londres, 2001, trad. it. *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Feltrinelli, Milán, 2006; *Id.*, *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, trad. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1994.

⁵⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, il Mulino, Bologna, pp. 161-162.

⁵¹ T. POGGE, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge, 2008 (1ª ed. 2002), trad. it. *Povertà mondiale e diritti umani. Responsabilità e riforme cosmopolite*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 53-112.

⁵² La suposición de que el igualitarismo, de cualquier tipo, es un ideal con intrínseca importancia moral siempre ha sido objeto de un examen crítico. Es necesario considerar, sin embargo, que las doctrinas igualitarias de los últimos veinte años han proporcionado pres-

como razón de ser de las instituciones políticas al asegurar, a través del vínculo con la esfera pública, el respeto de los derechos fundamentales ante los retos cada vez más globales a los que son llamados los poderes públicos, entre los que se incluye el aumento de las “desigualdades inaceptables”, frente a un estado de naturaleza entre “nuevos poderes salvajes”, ya estos sean políticos, financieros, económicos⁵³. En el plano teórico, este estado de naturaleza impone una vuelta a funciones institucionales de garantía legitimadas por el papel de los derechos fundamentales, además del establecimiento de una relación de mayor cooperación entre la ciencia jurídica y la ciencia económica⁵⁴. De hecho, aunque si entre los economistas está consiguiendo un mayor consenso la tesis de la “desigualdad justa” y necesaria para el crecimiento económico, también es cierto que esto es plausible solo si funciona la ecuación entre desigualdad y crecimiento, algo que no es demostrable desde el momento en que los datos empíricos, desde el inicio de la crisis económica hasta la fecha, evidencian una cierta indeterminación debida a variables de carácter institucional, referentes también al conjunto de las políticas econó-

cripciones éticas y políticas diferentes y, a menudo, en conflicto a la hora de decidir qué aspecto o dimensión de la cooperación entre los individuos debía ser igual. Entre las más problemáticas encontramos las doctrinas igualitarias de la suerte, centradas en la idea de que los individuos son responsables de lo que han elegido voluntariamente y de los resultados de decisiones libres e informadas. En general, el igualitarismo de la suerte admite entre las intervenciones del Estado solo aquellas tesis que compensan las desventajas debidas a la “suerte bruta”, es decir, la mala suerte o lotería natural que no surge de los riesgos de los que el agente debía ser consciente. Para mayor información, véase: J. ROEMER, *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

⁵³ Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Bari, 2014.

⁵⁴ Incluso Rousseau, en cuanto a la idea de la igualdad entendida como una cuestión de justicia social, había afirmado una estrecha relación con el problema de las desigualdades existentes en la sociedad. Rousseau argumentaba, tras haber ilustrado la trayectoria histórica desde el origen de las desigualdades, que: “[...] siendo la desigualdad casi nula en el estado natural, su fuerza y su crecimiento provienen del desarrollo de nuestras facultades y del progreso del espíritu humano, convirtiéndose al fin en estable y legítima por medio del establecimiento de la propiedad y de las leyes. Infiérese, además, que la desigualdad moral, autorizada por el sólo derecho positivo, es contraria al derecho natural, toda vez que no concurre en la misma proporción con la desigualdad física; distinción que determina suficientemente lo que debe pensarse a este respecto, de la clase de desigualdad que reina entre todos los pueblos civilizados, ya que es manifiestamente contraria a la ley natural, cualquiera que sea la manera como se la define, el que un niño mande a un anciano, que un imbécil conduzca a un sabio y que un puñado de gentes rebose de superfluidades mientras la multitud hambrienta carezca de lo necesario” Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inegalité parmi les hommes* (1755), trad. it. *Origine della disuguaglianza*, Feltrinelli, Milán, 1992, p. 107 (se cita por la traducción castellana, en la edición de Porrúa, México, 1987, p. 149).

micas adoptadas⁵⁵. Dado el aumento de la tasa de pobreza, la cuestión moral bajo el perfil de la equidad y la igualdad sustancial parece ser la de las modalidades a través de las cuales crecen los ingresos de los más ricos y, con ellos, las desigualdades “inaceptables”, entendidas estas últimas no como simples perspectivas de vida desiguales respecto a otras, sino más bien como desigualdades que no permiten la adecuada satisfacción de los intereses vitales y las necesidades fundamentales⁵⁶. Lo mismo es decir que cada persona debe ver reconocidos y garantizados los derechos fundamentales en virtud de lo que está y no está relacionado con los derechos que los demás están disfrutando. Así, que un individuo tenga derecho a algo, o tenga el derecho a tener ese algo, no es una razón por la que otra persona pueda querer lo mismo, o creerse con el derecho a tenerlo. En otras palabras, más que la igualdad (recursos, bienestar, derechos, oportunidades) en sí misma, es hoy la desigualdad la que goza de una presunta ventaja moral si tiene un impacto en la *dignidad* y la *integridad* de la persona, recordando todo lo afirmado por Sen. Este aspecto representa el *core* del discurso de las garantías y tutelas sociales y, por lo tanto, de los derechos y deberes dentro del actual *Welfare State*, dividido entre el modelo contractualista neoliberal y el modelo igualitario en la persecución de los objetivos social o políticamente deseables.

En este contexto, la tutela y la promoción de los derechos sociales se vuelve precisamente más valiosa y significativa en tiempos de crisis, como condición y reivindicación moral y política necesaria para el buen funcionamiento del sistema democrático *participativo*, en el que es necesario restaurar una correspondencia equilibrada entre ser al mismo tiempo ciudadanos titulares de derechos y portadores de deberes⁵⁷. El hecho de que en la sociedad global contemporánea se registren muchas más desigualdades entre los individuos que en épocas históricas pasadas, en términos de esperanza y calidad de vida, plantea un reto no solo a la teoría de los derechos (morales) sociales, sino también a la salud de la democracia⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. A. B. ATKINSON, *Inequality. What can Be Done?*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2015; M. FELDSTEIN, “Reducing Poverty, Not Inequality”, *The Public Interest*, núm. 137, 1999, pp. 33-41.

⁵⁶ D. PARFIT, *Equality or Priority?*, *The Lindley Lecture*, Lawrence, University of Kansas, 1991, trad. it. “Eguaglianza o priorità?”, *Ragion pratica*, núm. 5, 1995, pp. 173-221.

⁵⁷ Cfr. M. S. ULRIKSEN, S. PLAGERSON, “Social Protection: Rethinking Rights and Duties”, *World Development*, núm. 64, 2014, pp. 755-765.

⁵⁸ Cfr. T. POGGE, *Povert  mondiale e diritti umani. Responsabilit  e riforme cosmopolite*, cit.

Si la democracia deliberativa, cada vez más en el centro de la atención de los teóricos y políticos, se define como la democracia que se basa en el libre razonamiento público entre iguales⁵⁹, entonces la *concreción* de los derechos sociales, que tiene como objetivo tematizar y valorar las necesidades de cada individuo-ciudadano situado en un contexto concreto, es totalmente configurable como un instrumento de garantía para una *reconstrucción democrática y participativa* desde el momento en que tales derechos son identificados como “pretensiones de justicia”, necesarias y fundamentales para la formación de una *voluntad general*, además de “formas de tutela contra las vulnerabilidades” de grupos específicos de personas en nombre de un sistema socio-jurídico inclusivo. Sobre todo, desde los años setenta del siglo XX –a causa de los procesos de globalización y la financiarización de la economía– y, aún más, desde la crisis económica que comenzó en 2008, las promesas del *Welfare* se han mostrado cada vez más difíciles de cumplir, y se ha empezado a dudar de esos derechos y de los objetivos anteriores de inclusividad.

Sin embargo, a pesar de la actual agresión al Estado social, sin duda debida también a la falta de una política económica capaz de gestionar la crisis, el sentido de los derechos (sociales) *tomados en serio* persiste no solo en términos de la consecución de la pretensión de que son la base, sino más bien en la acción de *reivindicar* esa pretensión. Una vez más, resulta útil recurrir a Feinberg para no olvidar que el uso característico de los derechos radica en ser pretendidos, *claimed*, demandados, afirmados, reivindicados. Por otro lado, las demandas de justicia de sociedades, grupos e individuos, según lo escrito por J. S. Mill, son las más importantes porque tienen que ver con los intereses vitales y, por lo tanto, son más urgentes que otras: “La justicia es el nombre de ciertas clases de reglas morales que se refieren a las condiciones esenciales del bienestar humano de forma más directa y son, por consiguiente, más absolutamente obligatorias que ningún otro tipo de reglas que orienten nuestra vida”⁶⁰.

El hecho de que los derechos sociales sean derechos a algo, es decir, derechos para obtener un bien específico, los derechos a la libertad *desde la* necesidad, complica sin duda la cuestión de su implementación, al estar estre-

⁵⁹ Cfr. J. COHEN, *Philosophy, Politics, Democracy: Selected Essays*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2009, pp. 17, 170.

⁶⁰ Cfr. J. S. MILL, *L'utilitarismo*, in *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Rizzoli, Milán, 1999, p. 326. (se cita según la edición castellana, *El utilitarismo*, intr. trad. y notas de E. Guisán, Alianza, 1984, p. 126).

chamente vinculados a la disponibilidad de los bienes (primarios) de los que hay necesidad cuando no se dispone de ellos, o cuando se auguran las garantías sobre la posibilidad de disponer de ellas en el momento oportuno.

Aunque la categoría de los derechos sociales presente peculiaridades que se encuentran en la titularidad y en las instancias en conflicto entre deberes referidos al mismo derecho, que no permiten afirmar una correspondencia biunívoca entre derechos y obligaciones, porque más allá de la persona pueden referirse a comunidades y grupos sociales⁶¹, eso no significa declarar la imposibilidad de las garantías hacia un derecho reconocido socialmente⁶². El carácter negativo y positivo de las obligaciones, como los deberes de no regresividad y progresividad, amenazan tanto a los derechos civiles y políticos, como a los derechos sociales, por lo que la reivindicación positiva del conjunto de estos derechos no resulta viable si no se ponen en discusión, al mismo tiempo, las medidas de reducción de las políticas sociales y las “debilidades” normativas de los principios del Estado social, que conciernen de modo similar tanto a unos como a otros.

A través de una perspectiva equilibrada entre derechos y deberes, entre el Estado y los ciudadanos, el esquema de cooperación social debería contemplar a los “ciudadanos activos”, considerados capaces y vulnerables al mismo tiempo, como parte integrante de un modelo de democracia sustantiva que reconoce el compromiso de “tomarse en serio” tanto los derechos como los deberes.

SILVIA ZULLO
CIRSFID
Università di Bologna
Via Galliera, 3
40121 Bologna - Italy
e-mail: silvia.zullo@unibo.it

⁶¹ Por supuesto, la excepción relativa a los costes de los derechos sociales, como ya se ha mencionado, se presenta como característica de esta categoría de los derechos y contribuye a dificultar que sean considerados como derechos reales. Cfr. S. SUNSTEIN, C. R. HOLMES, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, cit.

⁶² Cfr. O. O'NEILL, *Toward Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge (MA), 1996, cap. V.